XIX.

Ueber die Rechtskraft der Erkenntnisse auf Beweis.

Vom Herrn Professor Guyet in Heidelberg.

Seit den ältesten Zeiten, und im Grunde seitdem man nach Wiederauflebung des Rechtsstudiums überhaupt, durch die erneuerte wissenschaftliche Betreibung des römischen Rechtes zu begreifen anfieng, daß nicht allein die Grundsätze des materiellen Rechtes Gegenstand ausführlicher Untersuchungen seyn müßten, sondern daß auch die Form, in welcher diese Grundsätze vor den Gerichten anzuwenden seyen, einer wissenschaftlichen Betrachtung bedürfe, ist die in der Überschrift angeregte Frage ein Gegenstand des Zweifels und des Streites gewesen, und schon Tancretus und Durandus stellen sie als eine bedenkliche dar [1]); namentlich berichtet der Letztere, daß sie nach seiner Ansicht zwar in dem canonischen Rechte keinem Bedenken unterliege, daß hingegen die Legisten, d. h. die römischen Rechtsgelehrten sich darüber stritten, ob man gegen eine interlocutoria appelliren könne — freilich wird dabei nicht recht klar, was man sich damals unter einem Interlocute dachte, und ob man das Erkenntniß auf Beweis, wenn man es überhaupt kannte, auch als ein solches ansah, wie jedoch aus der, bei den ältesten Proces-

---

1) Tancreti tractat. ordinis judiciarii, s. l. 1545. Lib. IV. p. 465. Durandi speculum juris. Lugd. 1556. Lib. II. P. III. fol. 194. No. 2. Ersterer lebte nach der epistola dedicatoria des Werkes unter Innocenz III., also um das Jahr 1200 hin; Letzterer dagegen gehört dem Ende des 13ten Jahrh. an, und starb 1296. Uebrigens schreibt die vorliegende Ausgabe stets Durandus und nicht Durantus.

sualisten stets gebrauchten entgegenstehenden Benennung sententia „*diffinitiva*“ höchst wahrscheinlich ist. Bis auf den heutigen Tag hat aber dieser leidige Zwiespalt gedauert, und weit entfernt davon, daß, wie einer der neuesten Bearbeiter unserer Frage [2]) hofft, man im Grunde nur die beiderseitigen Argumente lesen müsse, um sogleich überzeugt zu seyn, hat es vielmehr bis jetzt nicht an Verfechtern beider Ansichten gefehlt, und das neueste deutsche Proceßgesetz, das badische, huldigt gerade der von dem eben erwähnten Schriftsteller verworfenen Theorie. Aus diesen Gründen, und in der Überzeugung der unbedingten Richtigkeit des Ausspruches eines berühmten Proceßlehrers [3]), daß es keinem Richter erlaubt seyn könne, nach Billigkeit oder individuellem Ermessen über die Zulässigkeit eines Rechtsmittels zu entscheiden, sondern daß nur das Gesetz hierüber verfügen dürfe, glaubt der Verf. vielleicht nicht zu unrechter Zeit es zu versuchen, die Frage nach der Rechtskraft der auf Beweis lautenden Erkenntnisse ihrer endlichen Entscheidung näher zu bringen. Indessen beabsichtigt er dabei, um die, seinen schwachen Kräften schon an sich zu viele Last drohende Arbeit nicht allzuweit auszudehnen, sich einfach auf die Untersuchung der Frage zu beschränken, ob die von dem competenten Gerichte gefällten Erkenntnisse auf Beweis die Rechtskraft zu beschreiben fähig sind oder nicht. Er schließt also die mannigfachen Streitfragen darüber, ob überhaupt eine den Beweis normirende Verfügung nöthig, oder ob es nicht vielmehr besser sey, die Partheien selbst beurtheilen zu lassen, ob und was ihnen zu beweisen obliege [4]), sowie darüber, ob das Beweis-

---

2) Linde Handbuch des bürg. Proc. Bd. IV. S. 257.

3) Gönner Handbuch des gem. Processes, 2te Aufl. Bd. III. No. 57. S. 147. §. 8.

4) Bekanntlich ist letzteres das System der preuß. Gerichtsordnung, Tit. 10, §. 45, 47, 57, welche namentlich den blindesten Bewunderer gefunden hat in Zum-Bach Gegeneinanderstellung des

erkenntniß, welches irrelevante oder gar abgeschmackte Thatsachen zum Beweise auferlegt hat, in Rechtskraft überzugehen fähig sey oder nicht[5]), hier gänzlich aus; es wird vielmehr vorausgesetzt, daß der Richter zur Sicherheit der Verhandlungen und zur Vereinfachung ihres Ganges die Pflicht habe, in einem Erkenntnisse anzuordnen, **wer** zu beweisen habe, und **was** ihm zu beweisen obliege, und lediglich die nähere Untersuchung des Wesens dieses Erkenntnisses ist der Gegenstand dieser Blätter.

Um aber bei dem bedeutenden Umfange der zu untersuchenden Frage, welcher neben manchen vorzüglichen und gründlichen Bearbeitungen, auch ungewöhnlich viel allgemeines und unbestimmtes Gerede über sie veranlaßt hat, nicht in diesen letzten tadelnswerthesten Fehler zu verfallen, ist es am besten, zuvörderst zu erforschen, welche Bestimmungen sich in den positiven Quellen des römischen, canonischen und einheimischen Rechtes und selbst in Landesgesetzgebungen darüber vorfinden, und dann erst den Versuch einer Würdigung der beiden entgegenstehenden Ansichten, aus Gründen innerer Zweckmäßigkeit und Consequenz, folgen zu lassen.

I.

Schon die Römer kannten in dem älteren Formelprocesse, wie in dem neueren vor dem judex pedaneus geführten

---

preuß. u. französ. Proc. 1822, S. 269 ff., so daß dieser Schriftsteller sogar die vielen dadurch geradezu hervorgerufenen Mißbräuche übersehen und nicht beachten will, s. z. B. S. 275. Indessen hat dieses System in neuster Zeit so viele und gerechte Würdigung erfahren, z. B. in **Gans** Beiträgen zur Revision der preuß. Gesetzgebung, Bd. I. No. 27 u. a. m., daß der Verf. sich der Beurtheilung gerne überhoben glaubt, welche ohnehin preußischen Practikern überlassen bleiben mag.

5) S. darüber eine ziemlich vollständige Literatur in **Heffter's** Ausgabe der **Weberischen** Schrift über Beweisführung S. 22. Note *). Dem Verf. scheint nur eine strenge Handhabung der Rechtskraft zum Ziele zu führen.

Rechtsstreite, den, in der That durch die Natur der Sache begründeten Unterschied zwischen solchen Erkenntnissen, welche dergestalt in dem Rechtsstreite etwas festsetzten, daß darüber der Streit in diesem Puncte völlig abgethan war, oder den *sententiae* [6]), und zwischen bloßen proceßleitenden Verfügungen, welche auch mit dem an sich nicht sehr bestimmten Namen *interlocutiones* vorkommen, worunter im älteren Processe sogar Verfügungen auf einseitigen Antrag, später aber wahre, aus den bisherigen Verhandlungen entspringende proceßleitende Decrete verstanden worden zu seyn scheinen [7]). Dagegen ist es wohl als ausgemacht anzusehen, daß eigentliche Beweisinterlocute, oder richterliche Urtheile, welche den Beweissatz und die Beweislast feststellen, in dem älteren römischen Proceßverfahren so wenig vorkamen, als in dem neueren, wenigstens findet sich davon in den Rechtsquellen keine Spur [8]). Jener Unterschied äußerte sich aber besonders in Ansehung des Gebrauchs derjenigen Rechtsmittel, welche nicht blos zur Rescission des Urtheiles dienten, sondern die Substituirung eines neuen gerechten Spruches bezweckten, also bei den Provocationen und Appellationen; diese konnten nach dem älteren Rechte vor Diocletian auch gegen bloße interlocutorische Verfügungen gerichtet werden [9]), so daß man

6) So allein ist das „discedere a tota controversia" in L. 19. §. 1. de recept. arbitr. (4. 8) zu verstehen; auch wird dieser Begriff der sententia noch bestätigt durch L. 3. L. 11. Cod. de sententiis et interlocutionibus (7. 45.) L. 1. D. de re judicata (42. 1.); die L. 3. C. spricht aber sogar von einer *definitiva* sententia, während L. 19. cit. §. 2. von einer sententia de praeparatione causae redet.

7) S. darüber als Beispiele L. 7. L. 9. C. l. c. L. 2. de appellationib. recipiend. (49. 5.) L. 32. de poenis (48. 19.) L. 9. §. 3. quod metus. (4. 2.) L. 17. C. ex quibus caus. infam. (2. 12.), besonders aber L. 14. de re judicata (42. 1.)

8) S. Zimmern Rechtsgeschichte, Bd. III. S. 397. Heffter Institut. des Civilproc. S. 349 ff.

darnach beinahe glauben sollte, als ob die Römer damals noch eine wahre Rechtskraft dieser nicht als sententiae zu betrachtenden Verfügungen angenommen hätten. Indessen ist gewiß Appellabilität und Rechtskraft nicht identisch, und es zeigt uns eine auffallende Erklärung von Celsus, daß jenes nicht der Fall war, und daß man vielmehr, ungeachtet man gegen Zwischenverfügungen Appellationen zuließ, sie doch nicht für rechtskräftig ansah, sondern dem Richter selbst nach seinem Gutfinden ihre Abänderung gestattete, so daß also der Grundsatz des französischen Processes: l'interlocutoire ne lie pas le juge, ebenso dem älteren römischen Processe angehört.

Celsus lib. 25. Dig.

Quod jussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et repetere licet; de sententiis contra [10]).

Seit Constantin änderte man jedoch dieses, ohnehin nur eine Halbheit zuwege bringende System, und es findet sich von da an in einer Reihe von Constitutionen beharrlich der Grundsatz ausgesprochen, daß von simplen Zwischenverfügungen niemals appellirt werden dürfe, vielmehr die Appellationen auf die wahren sententiae beschränkt seyn sollten [11]). Namentlich ist dies für das Justinianeische Recht mit der unzweifelhaftesten Klarheit verordnet in einer Constitution aus dem Jahre 530, wo der Kaiser ausdrücklich sagt:

---

9) L. 2. de appell. recipiend. (49. 5.) L. 1. §. 2. de appellationibus (49. 1.) Zimmern S. 509.

10) L. 14. de re judicata (42. 1.) Den gleichen Grundsatz beweißt aber auch L. 16. de operis n. nunc. (39. 1.)

11) L. 1 — 3, 9, 18, 23, 25 Cod. Theod. quorum appellationes (11. 36.) L. 50. 65. Cod. Theod. de appellat. (11. 30.) u. s. w. In diesen Constit. findet sich schon häufig der Ausdruck interlocutio; der gleichfalls vorkommende Ausdruck articulus ist damit völlig gleichbedeutend, L. 5. Cod. Just. quorum appellat. (7. 65.) Cujacii observ. L. XII. obs. 6.

Cum post litem contestatam neque appellari posse ante definitivam sententiam, jam statuerimus [12])

und die Constitution, auf welche er sich dabei als auf die ältere beruft, ist entweder eine von Cujacius aus den Basiliken restituirte [13]), in welcher ganz ausdrücklich erklärt wird, daß die Versagung von Rechtsmitteln gegen Interlocute (von welchen Beispiele angeführt werden, die beinahe mit Beweisinterlocuten Ähnlichkeit zu haben scheinen) nichts schade, weil man nachher bei der Appellation gegen das Definitiverkenntniß alles dahin Gehörige vorbringen und auseinandersetzen könne; oder es ist eine andere ohne Datum an den praef. praet. Julianus erlassene Constitution, in welcher Justinian die Sitte der Richter anführt, die Appellationen gegen bloße Interlocute, und die Recusationen der Gerichte vor erfolgter Litiscontestation ausdrücklich zu verbieten, und das Erste gutheißt, das Zweite aber für die Zukunft untersagt [14]). Außerdem enthält der Justinianeische Coder noch mehrere Constitutionen früherer Kaiser, welche diesen Grundsatz eben so deutlich aussprechen, und deren Aufnahme Justinians Willen, alle Appellationen gegen bloße Interlocute zu beseitigen, wiederhohlt beweißt [15]); ja es wird sogar der Grundsatz, daß Interlocute nicht in Rechtskraft überzugehen fähig sind, also niemals einem Rechtsstreite auf irgend eine Art ein Ziel setzen können, rein theoretisch angeführt, wie es bei einer passenden Gelegenheit der Kaiser Diocletian ausdrückt:

„nam nec causam ullam interlocutiones plerumque perimunt [16]).

---

12) L. 16. Cod. de judiciis (3. 1.)

13) L. 36. C. de appellationibus (7. 62.) Cujacii obs. l. c. obs. 3.

14) L. 16. C. de sententiis (7. 45).

15) L. 2. C. de episcopali audientia (1. 4.) L. 4. C. de dilationibus (3. 11.) L. 5. 7. C. quorum appellat. non recip. (7. 65.)

Das Wort plerumque kann aber hierbei nicht irre machen, da im vorjustinaneischen Rechte interlocutio freilich auch manche, mehr administrative, Verordnungen der Richterbehörden bedeutete, welche in einzelnen Fällen wohl geeignet seyn konnten, einen Rechtsstreit, etwa einen sogenannten Incidentpunct, durch schleunige Abhülfe zu beendigen.

Wird also der dem gemeinen Processe zuerst als Kunstwort angehörige Ausdruck Interlocut genauer bestimmt, d. h. versteht man darunter nur die, den weiteren Gang und die Anordnung der Verhandlungen bestimmenden Verfügungen des Richters, welche aber durchaus nichts endlich festsetzen, so darf man zu diesen Interlocuten die Erkenntnisse nicht zählen, welche einer Parthei die Beweislast auflegen und vorschreiben, was bewiesen werden soll [17], allein man kann alsdann auch, trotz der Unbekanntschaft der Römer mit dieser letzten Art von Bescheiden, behaupten, daß sich in den römischen Rechtsquellen nicht nur für die wahren Interlocute die Regel findet, daß sie nicht die Rechtskraft beschreiten und nicht appellationsfähig sind, sondern daß auch für die Erkenntnisse auf Beweis, da sie im römischen Sinne sententiae definitivae sind und einen Punct wenigstens zu Ende abthun, der Grundsatz dahin zum Voraus ausgesprochen sey, daß sie allerdings rechtskräftig werden, und eine Appellation zulassen.

---

16) L. 9. Cod. de sententiis et interloc. (7. 45.) vergl. dagegen L. 55. de re judicata (42. 1.) L. 1. Cod. sententiam rescindi (7. 50). Ueber diese ganze römische Ansicht findet sich übrigens eine jedoch sehr mangelhafte Darstellung bei J. H. Böhmer exercitat. ad Pand. T. V. exerc. 87. §. 7—11. und fast wörtlich wieder in dessen Jus eccles. Prot. T. I. Lib. II. tit. 27. §. 2. seqq.

17) Einen großen Theil der Schuld an der heutigen Verwirrung über unsere Frage trägt wohl die schlimme Sitte, *interlocutio* und Zwischenbescheid für eins und dasselbe zu erklären und zu behandeln; der Character der Interlocution ist aber wesentlich nur der des Anordnens und nicht des Entscheidens, daher das Erkenntniß auf Beweis zwar wohl ein Zwischenbescheid, aber kein Interlocut ist.

Was das canonische Recht anbelangt, so wird ganz gewöhnlich von demselben nur angegeben, daß es Appellationen gegen alle Arten der Interlocute zulasse, womit man denn die Sache abgethan zu haben meint [18]; — allein es ist dies keinesweges unbedingt richtig, im Gegentheil würde diese Angabe ein ganz falsches Licht auf den Geist des canonischen Rechtes in dieser Lehre werfen.

Allerdings kamen nämlich die Päbste theils durch die geistlichen Angelegenheiten und den Wunsch, sie durch Appellationen an die Curie immer mehr ihrer Leitung ganz zu unterwerfen, theils auch überhaupt durch die sehr richtige politische Erwägung, daß häufige Appellationen nach Rom, das Ansehen des Pabstes in der ganzen Christenheit stets mehr befördern müßten [19], auf den Gedanken, daß man gegen alle Verfügungen der Behörden, folglich auch gegen alle rein interlocutorischen Anordnungen der Gerichtsstellen, die Appellation gestatten müsse, und so schrieben sie denn vor, daß man

„super interlocutoria, vel gravamine aliquo"

an den Pabst appelliren dürfe, wobei jedoch von Appellationen an andere Behörden, außer der Curie, sich keine Spur findet [20], und sie dehnen dies sogar auf den Fall aus, wenn der Richter eine Frist zu kurz bestimmt habe, wo der Pabst auf eine gehörige Appellation seine Hülfe nicht versagen werde [21]. Diese Regel über die Appellationen findet sich in den

---

18) S. z. B. Durandus l. c. Gönner Handbuch B. III. S. 350. 351. Gärtner die Rechtskraft der interlocut. Erkenntnisse. 1829. S. 35; selbst Linde Handbuch a. a. O. S. 223, 224. ist zweifelhaft.

19) Nur den letzten der angeführten Gründe giebt Böhmer l. c. §. 12 an, allein der erste ist vielleicht noch der wichtigere gewesen. Ganz lächerlich ist die Meinung von Gonz. Tellez, daß die Päbste dies wohl verfügt hätten, um die Sündhaftigkeit der Richter zu vermindern.

20) cap. 1. de appellationib. in 6. (2. 15.)

canonischen Rechtsquellen wiederhohlt ausgesprochen [22]). Allein daneben zeigt sich sehr entschieden die Ansicht [23]), daß eine solche interlocutorische Verfügung nicht in Rechtskraft übergehe, vielmehr von demjenigen Richter selbst, der die Beschwerde zugefügt hat, und nun einsieht, daß er sich geirrt habe, abgeändert und verbessert werden könne, selbst dann, wenn schon die beschwerte Parthei gegen diese Verfügung eine Appellation eingewendet hätte. Die sehr merkwürdigen Worte der hierher gehörigen Decretale Pabst Innocenz III. lauten folgendermaaßen:

> Statuimus, ut si judex — aliquid — interloquendo protulerit, quo exsecutioni mandato alter litigantium gravaretur, et sano usus consilio ab hujusmodi interlocutionis — effectu destiterit, *libere in causae cognitatione procedat,* non obstante si a tali — interlocutione fuerit appellatum [24]).

und eine mehrfache Bestätigung dieses Grundsatzes fehlt denn nicht, ungeachtet sie so auffallend und klar sich nicht weiter vorfindet [25]). Ist nun diese Vorschrift nicht der obigen Regel, daß gegen jedes Interlocut appellirt werden könne, widersprechend? Keinesweges! Vielmehr ist die Lösung eine sehr einfache, und man sieht, daß die Päbste nicht etwa meinten, daß die durch das Interlocut verletzte Parthei wohl dagegen appelliren dürfe, dies jedoch nicht nothwendig müsse, sondern sie wollten nur den Grundsatz des älteren römischen und

---

21) cap. I. X. de dilationibus (2. 8.)

22) z. B. in cap. 12. 53. pr. 59. X. de appellationibus (2. 28.) cap. 10. 12 eod. in 6. (2. 15.) clem. 5. de appellationibus (2. 12.)

23) Unter allen dem Verf. bekannt gewordenen Schriftstellern hat nur Böhmer l. c. §. 12—15 diesen zweiten Grundsatz des canon. Rechtes gekannt, ohne ihn aber weiter zu benutzen.

24) cap 60. X. de appellationibus.

25) cap 10. 12. in 6. cit. S. über den weiteren Inhalt der letzten Decretale Gensler im Archiv Bd. I. S. 369 ff.

des heutigen französischen Processes einführen, daß es zwar Schuldigkeit der Parthei sey, durch eingewendete Appellation der (unteren und höheren) Richter auf den beschwerenden Inhalt eines Interlocuts aufmerksam zu machen, wo sie dann einer Abänderung desselben mit Sicherheit entgegensehen könnte, daß es aber darum dem Richter selbst nicht benommen seyn dürfe, eine derartige Verfügung (welche man sich wohl stets als eine solche dachte, welche auf den Ausgang des Streites keinen wesentlichen Einfluß üben werde) abzuändern, insofern er sich ohne äußeren Anlaß selbst von deren Mangelhaftigkeit überzeuge; die Ansichten der damaligen Zeit über die werkthätige Reue und Besserung mögen zur Aufstellung dieses Grundsatzes beigetragen haben [26].

Es zeigt sich also als Resultat, daß, während das Justinianeische Recht gegen reine Interlocute keine Rechtsmittel zuließ, und an eine Rechtskraft derselben natürlich nicht im entferntesten dachte, das canonische Recht einen Schritt weiter ging, und Rechtsmittel dagegen gestattete, ungeachtet es sie noch keineswegs als unbedingt rechtskräftig ansah. Wenden wir dies nun auf die Beweiserkenntnisse an, welche jedoch dem canonischen Rechte ebenfalls nicht bekannt gewesen zu seyn scheinen [27], so ergiebt sich, daß sie nach ihrem Wesen, welches den Definitivsentenzen in der Hauptsache gleichsteht, und wofür die Art der durch sie nachfolgend veranlaßten Verhandlungen in der That nicht so wichtig ist, daß man ihnen deshalb die be-

---

26) Nur der Vollständigkeit wegen ist noch zu bemerken, daß das Concil. Tridentin. Sess. 24. de reformat. matrim. c. 20. für die geistlichen Angelegenheiten den Grundsatz des älteren canon. Rechtes aufhebt, und Appellation nur gegen definitivae oder vim definitivae habentes gestattet; es versteht sich indeß von selbst, daß diese Vorschrift kein allgemeines, und noch weniger ein processualisches Gesetz für unser bürgerliches Verfahren darstellt.

27) S. darüber cap. 9. init. X. de probationibus (2. 19.) Linde a. a. O. Goldschmidt Abhdl. aus dem Civilprocesse, S. 54 ff.

finitive Natur absprechen könnte[28]), unstreitig auch nach canonischen Ansichten die Rechtskraft beschritten, geschweige daß sie appellabel waren.

Indessen würde es doch wohl zu weit gegangen seyn, wenn man nach den bisher betrachteten Rechtsquellen die ganze Sache schon zu Gunsten der Rechtskräftigkeit und Appellabilität der Beweiserkenntnisse abgethan ansehen wollte, denn es scheint dem Verf. allerdings bedenklich, solche einzelne Grundsätze des bürgerlichen Processes, der in Deutschland wesentlich und im Ganzen ein Geschöpf des Gerichtsgebrauches und der Praxis überhaupt gewesen ist, nun auf einmal streng und unbedingt nach römischen oder canonischen Äußerungen entscheiden zu wollen, da diese beiden Rechte nur einzelne Anhaltpuncte für unseren Proceß gegeben haben, und um so weniger eine apodictisch entscheidende Quelle für denselben seyn können, weil der Proceß der Römer, wie der dem Mittelalter bekannte, von dem unsrigen gar sehr verschieden war; — der Verf., welcher sich hauptsächtlich mit dem römischen Rechte beschäftigt, hofft wenigstens bei dieser Ansicht nicht der blinden Partheilichkeit beschuldigt zu werden.

Es scheint deshalb nöthig, auch ferner zu erforschen, welche Ansicht sich in den, natürlich unbedingt Maaßgebenden Reichsgesetzen vorfinde, und hier ist denn das Resultat ein so klares, daß es nicht dem mindesten Zweifel unterliegt. In dem Gesetze nämlich, welches, soviel dem Verf. bekannt geworden, zuerst hinsichtlich unserer Frage etwas verordnet, in der ersten Kammergerichtsordnung[29]), wird verfügt:

---

28) Welcher Unterschied liegt in der That darin, daß das Beweiserkenntniß ein Beweisverfahren veranlaßt, während ein etwa weitläuftige Liquidationen vorschreibendes Endurtheil ein, wenigstens eben so weit aussehendes Liquidationsverfahren zur Folge hat? Zwischenbescheide sind beide, buchstäblich genommen, doch!

29) Reichsabschied von 1495, Abth. 2. Kammergerichtsordnung §. 24.

„Item, als täglich durch unnottdürftig und frävenlich Appellation, die von Beyurtailen, Interlocutoriae genannt, gevärlich umb Verlengrung des Rechten beschehen, auch vil Kosten und Schäden erlitten werden, so sol hinfüran das K. G. die Appellation von solchen Interlocutorien nit annehmen, wo die Beschwärung, in der Appellation bestymmt, durch die Appellation von der Endurtail in der Hauptsach möcht erstatt und herwider bracht werden, wie das in Keyserlichen Rechten geordnet und begriffen ist."

Man sieht hieraus deutlich, daß den gar zu häufigen Appellationen gegen bloße proceßleitende Interlocute vorgebeugt werden sollte; welche Gattungen gemeint sind, wird freilich nicht genau bestimmt, indem die Verweisung auf die Kaiserlichen Rechte, also im Sinne der damaligen Zeit auf das römische Recht, nicht viel helfen konnte, dagegen sieht man, daß den Gesetzgebern die Idee (wenn auch nicht klar) vorschwebte, daß einige Zwischenurtheile doch die Rechtskraft beschreiten müßten und appellabel seyen — in dieser Hinsicht wird denn der später zu liefernde Beweis wichtig seyn, daß die Praxis dieser Zeit die Erkenntnisse auf Beweis für der Rechtskraft fähig ansah. Am deutlichsten wird aber in der letzten Kammergerichtsordnung zuerst der Begriff derjenigen „Interlocutorien" festgesetzt, welche in Rechtskraft übergehen, wenn nämlich durch sie die „diffinitiva, so solchen Interlocutorien in einem oder anderen Wege nachfolgen soll," bedingt wird [30]; sodann wird das frühere Gesetz, so wie es hier mitgetheilt wurde, wörtlich wiederhohlt [31]) und gleich darauf [32]) verfügt:

„Und so von Beyurtheil, die Kraft einer Endurtheil hätten, appellirt würde, so soll der Appellant in Schriften

30) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. I. Tit. 13. §. 12. Die anderen K. G. Ordnungen schweigen gänzlich hierüber.

31) Das. Th. II. Tit. 28. §. 6.

32) Das. Th. II. Tit. 29. §. 3. 4.

— wie von andern Endurtheilen zu appelliren Macht haben"

daneben aber auch die Appellation gegen andre

„Interlocutorien und Beschwerungen, die durch Mittel der Appellation von der Endurtheil nicht wiederbracht werden mögen"

ausdrücklich gestattet, womit also unsere Frage völlig erledigt ist, da an der definitiven Natur der Erkenntnisse auf Beweis an sich wohl Niemand zweifelt, und die damalige Zeit dies allgemein annahm [33]. In der Lehre von den Rechtsmitteln enthält aber das Gesetz sogar noch einmal sehr bestimmt den Grundsatz, daß gegen „Beyurtheil, die nicht Kraft einer Endurtheil hätten," keine eigentliche Appellation, sondern nur eine Beschwerde zugelassen seyn solle [34]), welcher Grundsatz einige Jahre später nochmals eine Bestätigung erhielt und etwas erweitert wurde [35]), auch noch später, wahrscheinlich gegen eingeschlichene Mißbräuche wiederhohlt eingeschärft worden ist [36]). Endlich veränderte das neuste Reichsgesetz, indem es das Beweiserkenntniß wesentlich anordnete und es zu erlassen befahl [37]), in der Form der Appellation (Beschwerde) gegen Beiurtheile, die nicht die Kraft der Endurtheile haben, Einiges, ließ aber die früheren Verordnungen über die unbedingte Appellabilität derjenigen Zwischenurtheile, welche solche Kraft besitzen, ruhig stehen. Es ergiebt sich daher aus den so oft wiederhohlten Reichsgesetzlichen Bestimmungen mit größter Klarheit das Resultat, daß man Appellationen gegen

33) Das. Th. III. Tit. 15. §. 11. findet sich schon das heutige Beweisverfahren angeordnet; s. auch Note 37.

34) Das. Th. III. Tit. 31. §. 10.

35) Reichsabschied von 1570, §. 91.

36) Deputationsabschied von 1600, §. 113.

37) Reichsabschied von 1654. §. 50. Schon die Kamm. Ger. Ordn. von 1555. Th. III. Tit. 16. §. 3. nennt dies Erkenntniß einen Bescheid, und befiehlt es zu erlassen.

wahre Interlocute möglichst verbannen wollte, allein alle irgend einen Punct definitiv festsetzenden Zwischenurtheile, also namentlich die auf Beweis lautenden Erkenntnisse, für unbedingt appellabel und rechtskräftig erklärte, indem sich in der ganzen Reichsgesetzgebung keine Spur davon findet, daß man sich die beiden Eigenschaften der Rechtskraft und Appellabilität als möglicher Weise getrennt gedacht habe.

Diesen Ansichten ist endlich die deutsche Praxis von jeher, und bis gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts hin unbedingt, ergeben gewesen, und wenn auch die ältesten (italienischen) Processualisten [39]) noch keine eigentlichen Beweiserkenntnisse kannten, und die Appellationen ohne Unterschied gegen alle Interlocute gestatteten, jedoch auch damals schon diejenigen Zwischenurtheile für unabänderlich und rechtskräftig erklärten, welche die Wirksamkeit eines Endurtheils haben sollten, so findet sich bei den deutschen Proceßschriftstellern aus dem 16ten Jahrhundert schon ganz entschieden, und zwar mit Berufung auf die damalige Reichsgesetzgebung und auf das Römische Recht, die Ansicht, daß Appellationen nur gegen solche Interlocute Statt finden könnten, welche „vim diffinitivae" haben und in Rechtskraft übergehen, zu welchen denn namentlich die Erkenntnisse auf Beweis gezählt werden [40]) — bedürfte es noch eines Grundes, um die Inter-

---

38) R. A. v. 1654. §. 58.

39) S. Tancretus l. c. p. 465—467. Durandus l. c. P. II. f. 103b No. 18. 19. P. III. fol. 187. No. 29. fol. 194b No. 2. Maranta de ordine judiciorum. Lugd. 1557. P. VI. No. 292 —295. 297. p. 624, 625.

40) Termineus processus juris scripti. Colon. 1582. tit. de sententia, cap. 1. p. 188. A. Gail observat. practic. Lib. I. obs. 129. 130. Ed. Colon. III. 1583. p. 211 ff. Meichsner Formular gemeiner deutscher Nation, Frankf. 1567. Th. III fol. 6b fol. 29b. Ayrer histor. Processus Juris. 1716. Th. I. cap. 6. obs. 6. §. 23, ff., bes. §. 31. — Termineus nennt den auf Be-

pretation der beiden Kammergerichtsordnungen, so wie sie vorhin versucht worden ist, zu beweisen, so läge er in dieser übereinstimmenden Ansicht der gleichzeitigen Practiker. Seitdem hat sich aber bei Weitem die Mehrzahl der deutschen Rechtsgelehrten daran angeschlossen, und wir finden bis in die neueren Zeiten hinein, sogar ausschließlich die Rechtskraft und Appellabilität der Beweiserkenntnisse von ihnen vertheidigt [41]), so daß gegen die gesetzliche Gültigkeit dieser Ansicht

---

weis sprechenden Bescheid sehr characteristisch eine sententia interlocutoria, Gail §. 5—8 giebt auf eine umfassende und gründliche Art den Begriff der vim definitivae besitzenden Interlocute an, und Meichsner spricht gar ausdrücklich von „Urtheil zu Bewerung ihrer Klagen" und sagt, daß „die Urtheil in Krafft gehen lassen," so wie in einem anderen Falle, daß gegen ein solches Beweiserkenntniß appellirt worden sey. Kann man deutlicher sprechen?

41) S. besonders Schaumburg principia praxeos. Lib. I. Sect. I. m. 3. §. 1. cf. c. m. 4. cap. 4. §. 1 seqq. Böhmer l. c. §. 16. Brunnemann process. civil. cap. 27. No. 68. Mevii decis. P. III. dec. 308. Hommel rhapsod. quaestion. Vol. I. obs. 110. Vol. II. obs. 420. v. Tevenar Theorie der Beweise, Abschn. I. Cap. 4. Weber Verbindl. zur Beweisführung, Ausg. von Heffter, II. §. 7. S. 22. 23. Danz ordentl. Proc. §. 423. Gönner Handbuch, 2te Ausg. Bd. I. Abh. 7. §. 25. S. 166 ff. Abh. 10. §. 20. S. 260 ff. Bd. II. Abh. 37. S. 31 ff. S. 292 ff. Bd. III. Abh. 57. §. 41. vergl. mit §§. 2. 3. 36., besonders aber Abh. 61. §. 26 ff. S. 349 ff. Gensler in diesem Archiv Bd. I. S. 362 ff. (eine der wenigen gründlicheren Untersuchungen) Archiv Bd. VII. S. 430 ff. Götz, Archiv Bd. VI. S. 161 ff. (sehr schwankend); Mittermaier im Archiv Bd. IX. S. 135 ff. Derselbe in den Beiträgen zum bürg. Proceß, Beitr. II. §. VII. 2te Aufl. S. 142—161, Beitr. III, 2te Aufl. S. 36—50 (bei weitem die Hauptschriften, sowohl hinsichtlich des positiven Rechtes als der Gesetzgebungspolitik); Heffter Instit. des Civilproc. S. 352. No. 52. S. 373 ff. Reyscher in Hofacker Jahrb. des würtemb. Rechts, Bd. II. S. 333 ff. (speciell für Würtemberg und einen Commissionsbericht an die würtemb. Stände mittheilend); v. Hins-

für den gemeinen bürgerlichen Proceß in Deutschland nicht der geringste Zweifel mehr obwalten kann, und zwar um so weniger, als diejenigen Proceßschriftsteller, welche den auf Beweis sprechenden Erkenntnissen die Fähigkeit abläugnen, die Rechtskraft zu beschreiten, es theils nur aus dem Standpuncte der Landesgesetzgebungen thun, theils auch die Realisirung ihrer Ansicht als eine wesentliche Verbesserung des Processes betrachten, allein keiner es gewagt hat, diese Theorie für die in Deutschland gemeingültige zu erklären[42].

Was schließlich die einzelnen, namentlich deutschen Landes- und Provincialgesetzgebungen anbelangt, so findet sich

---

berg Bemerk. üb. d. bair. Entwurf von 1825, S. 105. Borst v. d. Beweislast. 1816. Einl. S. XXXVI ff. Martin Lehrb. d. bürg. Proc. §. 180. Linde Lehrb. d. Civilproc. §. 245. Zu-Rhein Beiträge zur Gesetzgeb. Bd. I. S. 5 ff. (enthält vieles Gedachte, neben manchen minder gründlichen Bemerkungen); Sartorius in Zu-Rhein Jahrbücher des bürg. Proc. Bd. I. Heft I S. 93—106 (gleichfalls eine bessere Untersuchung) v. B. (von der Becke) üb. d. Verbesser. d. Rechtspflege in Bayern, S. 110 ff. Friderich üb. d. Rechtskraft interlocutorischer Erkenntnisse. 1829. S. 30 ff. (eine nicht sehr gründliche Compilation); Linde Handbuch Bd. IV. S. 257—278, welches letzte Werk namentlich ein höchst verdienstliches genannt werden muß.

42) S. hauptsächlich Motive zum würtemb. Gesetze v. 31. Dec. 1818, S. 38 ff. Zum-Bach Gegeneinanderstellung des preuß. u. französ. Proc. 1822. S. 269 ff. Gr. v. Arco üb. d. Ursachen d. Zunahme der Berufungen. 1822. §. 48. S. 54 ff. (bessere Arbeit); W. Puchta üb. d. bürg. Rechtspflege Baierns. 1826. S. 86 ff. (Declamationen vertreten die Stelle der Gründe), Gönner Entwurf eines Gesetzbuchs. 1816. Bd. II. S. 301 ff. Scheurlen in der Tübing. kritischen Zeitschrift Bd. I. Heft 3. S. 112 ff. (wohl die gediegenste Untersuchung im Sinne dieser Parthei); Derselbe in Hofacker Jahrb. f. würtemb. Recht. Bd. III. H. 1. S. 116 ff. Gärtner Kritik des Untersuchungsprocesses. 1832. S. 163 ff. v. Weiler Motive zum Entw. der bad. Proceßordnung. 1831. S. 34. 35. v. d. Nahmer, Samml. d. Entsch. d. Nass. OAGer. Bd. II. S. 337, ff.

darin eine große Verschiedenheit der Meinungen. Die älteren deutschen Landesproceßordnungen schließen sich aus leicht begreiflichen Gründen sämmtlich dem Systeme der Reichsgesetzgebung an, und erklären die Erkenntnisse auf Beweis für absolut rechtskräftig und appellabel [43]; die neueren Proceßgesetze seit dem Ende des 18ten Jahrhunderts sind zum Theil auch noch unbedingt dieser Lehre ergeben [44], zum Theil befolgen sie mannigfach verschiedne Mittelsysteme, z. B. daß Appellationen dagegen erlaubt, aber nicht nöthig seyn sollen, sondern mit der Appellation gegen das Endurtheil verbunden werden können, oder daß wohl für die Partheien die Rechtskraft dieser Erkenntnisse vorhanden seyn soll, nicht aber für den Richter, welcher sie stets beliebig abändern kann [45]; theils endlich verwerfen sie die Erkenntnisse auf Beweis gänzlich, stellen an ihren Platz simple Verfügungen des Gerichtes über den Beweis, allein ohne daß an eine Rechtskraft derselben zu denken wäre, und erklären natürlich jede Appellation dagegen für unzulässig [46].

---

43). S. z. B. Sächsisch. Ernestin. Proc. Ordnung v. 1670. Th. I. Cap. 16. §. 5. Eisenach. Proc. Ordn. v. 1702. Tit. 21. §. 12. Gothaische Proc. Ordn. von 1776. Th. I. Cap. 31. §. 2. 4. Cap. 30. §. 9. Alte Sächs. Proc. Ordn. v. 1622. Tit. 20. Solmsisches Landrecht. Tit. 38. §. 1. Frankfurt. Reformation, Th. I. Tit. 43. §. 3. (beide letzten Gesetze enthalten schon entfernter das erste der oben angeführten Mittelsysteme).

44) Lippe-Detmoldische Verordnung vom 27. Febr. 1816. §. 44. Bremische Gerichtsordn. Art. 490. Weimar. Ob. App. Gerichtsordn. v. 1816. §. 20. 2. Zerbster Ob. App. Ger. Ordn. §. 16. 2. Oldenburgische Proc. Ordn. v. 1824. §. 15. Anhalt-Dessauisches Gesetz vom 10. Juni 1824. Bairischer (revidirter) Entwurf von 1827, §. 219, §. 509. Hannöversche Untergerichtsordn. §. 142—144.

45) Hierüber s. das Nähere bei Linde a. a. O. Z. B. Nassauische Proc. Ordn. v. 1822. §. 98. Code de procédure. art. 251. 451. Carré traité et questions de procéd. T. II. p. 35. Merlin repertoire, s. v. jugement. §. 3. art. 3.

Daß nun bei dieser großen Verschiedenheit in den Theorieen, noch heute ein Schwanken in den Gerichtshöfen bemerklich ist, und daß die neuesten Vorgänge diese Rechtsunsicherheit noch vergrößern müssen, ist leicht einzusehen; auf der anderen Seite aber muß sie die nachtheiligsten Folgen haben, und nur diese Überzeugung veranlaßte den gegenwärtigen Versuch, der dazu dienen soll, dem Systeme der Reichsgesetze mehr Eingang zu verschaffen, und der Verf., der die innigste Überzeugung hegt, daß nur das System der völligen[47]) Rechtskraft und Appellabilität der Erkenntnisse auf Beweis zum wahren Heile führt, will jetzt, wo dessen Gesetzlichkeit für Deutschland hoffentlich auch für den Ungläubigsten nachgewiesen ist, versuchen zu beweisen, daß alle inneren Gründe ausschließlich für dieses System sprechen, und daß es allein den Forderungen der Zweckmäßigkeit, und der legislativen Gerechtigkeit, wie dem Interesse der Partheien und der strengen logischen Consequenz genügt.

II.

Schon oben wurde bemerkt, daß bei der vorliegenden Untersuchung die Frage, ob überhaupt eine Verfügung des Richters nöthig sey, welche über den Beweis etwas anordne, übergangen und als bejaht vorausgesetzt seyn solle. Es scheint nämlich nach jeder Proceßordnung, welche die Ver-

---

46) Preußische allgem. Gerichtsordnung, Tit. 10. §. 45. 47. 57. Oestreichisch. Gesetzbuch, Art. 252. 267. Badische Obergerichtsordnung, §. 73. Würtemberg. Edict von 1810. §. 103. 150. Bairischer Entwurf eines Proceßgesetzbuches von 1825. §. 394—397. Badische Proceßordnung von 1831. §. 390. 391.

47) Dem Verf. ist wohl bekannt, daß man in neuerer Zeit manche Mittelwege zur Vereinigung der beiden Extremansichten vorgeschlagen hat; er übergeht sie jedoch absichtlich mit Schweigen, da alle, für das strenge System der Rechtskraft der Beweiserkenntnisse zu liefernden inneren Gründe zugleich gegen jede andre Ansicht streiten, also eine weitere Erörterung derselben unnütz wäre.

handlungsmarime als oberstes Princip befolgt, also abschneidet, daß der Richtet durch seine Fragen und Erforschungen sich von dem Vorhandenseyn der bezüglichen Thatsachen überzeuge, durchaus wesentliches Erforderniß zu seyn, daß der Richter selbst, nachdem die Partheien ihn von allen Thatsachen in Kenntniß gesetzt haben, deren Anführung ihnen angemessen scheint, den Partheien angebe, welche von den angeführten Thatsachen auf die rechtliche Beurtheilung der Bitte des Klägers und der Gegengründe des Beklagten dergestalt von Einfluß seyen, daß das Endurtheil über jene Bitte oder diese Gründe dadurch bestimmt würde. Der Zweck jedes Proceßgesetzes muß nämlich seyn, das Verfahren in den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu einem möglichst festen und geregelten zu machen, die richterliche Willführ, wie die Chicane der Partheien gleich viel zu beseitigen, und endlich dem für die rasche Erreichung des Rechtsfriedens so nachtheiligen Schwanken in den gerichtlichen Anordnungen vorzubeugen; hierzu ist aber ein passenderes Mittel nicht denkbar, als nach genügend vorgebrachten thatsächlichen Behauptungen der Partheien, festzustellen, welche dieser Behauptungen wichtig sind, und wahr gemacht werden müssen, damit nach Beendigung dieses zweiten Theiles des Verfahrens, der Richter die rechtliche Beurtheilung auszusprechen im Stande sey, d. h. auf die ihm nunmehr klar vorliegenden und bewiesenen thatsächlichen Verhältnisse die, ihm nach seiner Rechtskenntniß bekannten rechtlichen Grundsätze anwenden könne [48].

---

48) Die Verehrer der Untersuchungsmarime des preußischen Processes meinen zwar, z. B. Zum-Bach a. a. O. S. 271, daß man ein Erkenntniß auf Beweis ganz entbehren könne, weil die Partheien, wenn sie nur mit rechtsgelehrten Beiständen versehen seyen, von selbst wissen, nicht aber von dem Richter erfahren müßten, wer zu beweisen habe und was. Allein dieser höchst oberflächliche Einwand wird schon durch die einfache Bemerkung widerlegt, daß über die Frage nach der Beweislast, und nach der zweckmäßigen Fassung des Beweis-

Hieraus erkennen wir nun sogleich die wahre Natur der gerichtlichen Verfügung, welche anordnet, was bewiesen werden solle, und wer dies zu beweisen habe. Es ist dieser Zwischenbescheid nämlich die, unerläßlich nöthige, feste Grundlage für alle weiteren Verhandlungen, welche dadurch so genau in jeder Hinsicht bestimmt werden, daß eine Abweichung von dieser Basis, oder eine Ungewißheit fernerhin nicht möglich ist. Noch mehr, es ist in dieser Verfügung schon ausgesprochen, wie in Zukunft schließlich erkannt werden müsse, obgleich diese Angabe nur alternativ, d. h. auf den doppelten möglichen Fall des Erbringens, oder des Verfehlens des geforderten Beweises verschieden gestellt darin enthalten ist, mit einem Worte also, die den Beweis anordnende Zwischenverfügung ist nichts als ein bedingtes Endurtheil, weil der Richter dadurch, daß er den Beweis der einen oder anderen Thatsache fordert, zu erkennen giebt, daß er, dem dereinst auch die Erlassung des Finalerkenntnisses obliegt, diese Thatsache für so erheblich halte, daß die rechtliche Beurtheilung davon (ganz oder zum Theil) abhänge; man könnte daher so weit gehen zu sagen, daß das Interlocut auf Beweis, ungeachtet es den Text des künftigen Endurtheils mit decisiven Worten nicht enthält, doch schon stillschweigend es in sich fasse, und nur, gleich jedem bedingten Rechtsverhältnisse, späterhin durch Wegfallen oder Erfüllung der Bedingung purificirt werde.

Schon aus dieser Natur des Erkenntnisses auf Beweis folgt, daß der Gesetzgeber, will er anders nicht zweckwidrig handeln, ihm die möglichste rechtliche Festigkeit und Unwandelbarkeit verleihen muß; hierzu giebt es aber kein besseres, ja überhaupt kein anderes Mittel, als auszusprechen, daß dieses Erkenntniß die Rechtskraft beschreiten

themas die bedeutendsten, oft den Richter in Verlegenheit setzenden Streitfragen obwalten; wie sollten nun die Partheien entscheiden, und wie wäre es gar, wenn beide Theile beweisen wollten?

könne, wenn es nicht davon durch die Partheien selbst abgehalten werde, daß also, wenn die Partheien binnen der gehörigen Zeit nicht die passenden Mittel anwenden, um eine Abänderung dieses Erkenntnisses zu erhalten, es als ihrem Willen angemessen angesehen, und folglich unabänderlich und dem Gesetze gleich werde [49]).

Allein die wahre und unbedingte Nothwendigkeit dieses Grundsatzes zeigt sich am besten, wenn man die Gründe erwägt, aus welchen man ableiten wollte, daß die Rechtskraft und Appellabilität der Erkenntnisse auf Beweis unnütz und sogar schädlich sey.

Zuvörderst wendet man ein, daß durch die Rechtskraft der Erkenntnisse auf Beweis, dem materiellen Rechte oft Abbruch geschehe, indem das Erkenntniß vielleicht eine widersinnige oder unerhebliche Thatsache zum Beweise verstelle, eine höchst wichtige und entscheidende aber übersehen habe, und nun, wenn der Beweis jenes irrelevanten Umstandes geführt worden ist, der Richter doch, ungeachtet er sich von seinem früheren Irrthume überzeugt hat, und einsieht, daß er die andere Parthei schwer verletzt hat, gezwungen ist, seinen früheren Irrthum consequent durchzuführen, und, bloß des geführten Beweises wegen, das davon als von einer Bedingung

49) Gegen diese Annahme eines Verzichtes der Parthei auf ihre Einwendungen wider die Erheblichkeit des Beweiserkenntnisses, gegen das sie nicht appellirt, hat sich am meisten Puchta a. a. O. S. 89 gesträubt. Indessen muß man, will man nicht den Grundsatz, daß der Bürger das Recht seines Staates kennen müsse, und damit die Existenz des Staates selbst zernichten, behaupten, daß ein solcher Verzicht nach der Vernunft durchaus anzunehmen sey, weil die durch das Beweiserkenntniß etwa benachtheiligte Parthei weiß oder wissen muß, daß sie bei Zeiten sich dagegen zu beschweren habe, wenn sie eine Abänderung erlangen will; unterläßt sie eine Beschwerde (ein Rechtsmittel), so hat sie dadurch gezeigt, daß sie sich ihres Rechtes nicht bedienen will, daß sie mit dem Erkenntnisse doch zufrieden seyn wolle, d. h. sie hat auf jede dagegen gehende Rechtszuständigkeit verzichtet. Den goldnen Satz: habeat sibi, sollte man nicht so oft vergessen.

abhängig gemachte Endurtheil zu erlassen, also mit klarem Bewußtseyn ein materiell ungerechtes Urtheil zu geben: besonders oft, meint man, werde dies dem Richter der höheren Instanz vorkommen, wenn das in der ersten Instanz erlassene (irrelevante) Erkenntniß auf Beweis ohne Appellation rechtskräftig geworden war, und nun der geführte Beweis zu beurtheilen ist [50]). Allein man muß diesem Einwande entgegensetzen, daß vor allen Dingen das „materielle Recht" mehr ein Wort, als ein allgemein anerkannter Begriff ist, und die Frage nach diesem „materiellen Rechte" würde eben so wenig eine genügende, d. h. nicht subjective Beantwortung erhalten, als die Frage des Pilatus nach der Wahrheit; herrschen doch im Gebiete der Jurisprudenz, wo sie sich über das Handwerk hinaus erhoben hat, Tausende von verschiedenen Ansichten, auf welchen gerade das innere Leben der Wissenschaft gegründet ist, die sonst bald eine zwar ruhige, allein auch todte unbegriffene Masse werden müßte! Die Drohung mit der Verletzung des materiellen Rechtes kann uns also nicht sehr erschrecken, weil dazu erst festgestellt seyn müßte, was dies wäre, und weil eine offenbare Verletzung allgemein anerkannter Rechtsgrundsätze in dem Erkenntnisse auf Beweis nur in äußerst seltnen Fällen denkbar ist, vielmehr, wo man über Verletzung des „materiellen Rechtes" klagt, gewöhnlich nur eine, der Meinung des Klagenden entgegenstehende, der Gründe übrigens nicht ermangelnde Theorie befolgt worden ist. Sodann aber zerfällt dieser Einwand dadurch in sich, daß die Parthei, welche ein solches an sich rechtswidriges Erkenntniß auf Beweis die Rechtskraft ruhig beschreiten ließ, dadurch zu erkennen gegeben hat, daß sie es nicht für rechtswidrig und beschwerend halte, und damit zufrieden sey; der

---

50) Die Vertheidiger der Ansicht, daß irrelevante Beweiserkenntnisse nicht in Rechtskraft übergehen, entschlüpfen diesem Einwande leicht; allein der Verf. kann sich, nach seinem Glauben über die Heiligkeit der Rechtskraft, dazu nicht verstehen.

Richter darf aber in solchem Falle eben so wenig wegen der (angeblichen oder wirklichen) Rechtsverletzung das Erkenntniß antasten, mit welchem die Parthei zu ihrem eigenen Schaden zufrieden war, als er die Befugniß hat, ein vor ihm zur Klage gebrachtes und offenbar die eine Parthei höchst unbillig verletzendes Rechtsgeschäft nicht zu berücksichtigen, wenn diese Parthei selbst nichts dagegen einwendet. Außerdem beweißt der von der Verletzung des „materiellen Rechtes“ hergenommene Gegengrund viel zu viel, also nichts, weil er ja sonst im Processe sehr oft eine Zernichtung des früheren Verfahrens herbeiführen müßte, an welche Niemand denkt, und welche Niemand im Ernste wollen kann, z. B. wenn der Richter in einem Incidentstreite ein (End-) Urtheil erlassen hat, welches die Rechtskraft beschritt, und auf den Ausgang des Hauptstreites entscheidenden Einfluß äußerte, allein von dem Richter selbst zu der Zeit, als er das Endurtheil in der Hauptsache erlassen soll, als ungerecht erkannt wird; oder wenn der Richter ein von ihm erlassenes und in Rechtskraft übergegangenes Urtheil exequiren soll, dessen Ungerechtigkeit er nunmehr erkennt. Vollends aber kann auf das Verhältniß der höheren Instanz zu dem Richter der unteren Instanz gar kein Gewicht gelegt werden, indem man eine Unfehlbarkeit des höheren Richters doch nicht annehmen wird, und diese in der That hier supponirt werden müßte!

Der zweite und allgemeinste, man möchte fast sagen, alltäglichste Gegengrund ist, daß durch die Rechtskraft der Erkenntnisse auf Beweis, und die Zulassung von Rechtsmitteln dagegen, die Processe zu ewigen gemacht oder doch sehr verzögert würden, weil nun Appellationen gegen dieses Erkenntniß stattfänden, während, wenn man alle Appellationen gegen das Endurtheil vereinige und nur dagegen gestatte, diesem — allerdings sehr wichtigen — Übelstande völlig abgeholfen sey. Indessen ist dieser mit einigem Schein versehene Grund vielleicht an sich der allerunbedeutendste. Zuvörderst ist nämlich zu erwägen, und der Verf. beruft sich hierfür auf alle erfahrenen Practiker,

so wie ihn seine eigene Beobachtung davon belehrt hat, daß die Appellationen gegen Erkenntnisse auf Beweis zu den, verhältnißmäßig seltneren Erscheinungen gehören, so daß man, jenen Einwand zugegeben, noch immer sagen möchte: tant de bruit pour une omelette, und seine Wichtigkeit läugnen müßte. Allein abgesehen davon muß man geradezu behaupten, daß es nach der Natur der Sache nicht wahr ist, daß gestattete Appellationen gegen Beweisinterlocute den Proceßgang verzögern! Schon dem schlichten Verstande ist es begreiflich, daß die Parthei, welche durch ein nicht-appellables Beweisdecret sich benachtheiligt glaubte, eben nur bis zum Endurtheile warten, und dann appelliren wird, gar nicht gegen die im Endurtheile geschehene Beurtheilung des geführten Beweises und den daraus gezogenen rechtlichen Schluß, sondern gegen dessen Prämisse, nämlich gegen die Relevanz des bewiesenen Thema's, indem sie auszuführen suchen wird, daß gar nicht dieser Umstand, sondern jener ganz davon verschiedene hätte bewiesen werden müssen, und daher jetzt noch zu beweisen sey, woraus sich dann die Aufhebung des weiteren Inhaltes der Finalsentenz von selbst ergiebt. Der ganze Erfolg ist also, wenn der Oberrichter dieses Rechtsmittel gegründet findet, daß nunmehr die Appellation gegen das Endurtheil, statt gegen das Interlocut geschehen ist, und daß obendrein ein zeitraubendes und kostspieliges, der Parthei Sorge und Angst verursachendes, allein ganz unnützes Beweisverfahren stattgefunden hat; — ist diese, so nahe drohende Gefahr nicht längst wichtig genug, um den kleinen Vortheil verschwinden zu machen, der daraus erwüchse, daß eine, vielleicht unbegründete Appellation gegen das Interlocut an sich vermieden wäre, welcher Vortheil ohnehin nur dann vorhanden seyn würde, wenn die Appellation gegen das Endurtheil verworfen, also damit zugleich die (darin enthaltene) Berufung gegen das (inappellable) Interlocut beseitigt wird? Und hat der Gesetzgeber nicht die Pflicht, hier lieber einen sehr kleinen Nachtheil, der entfernt möglich ist, zuzugeben,

als einen so großen und beinahe unvermeidlichen Schaden erwachsen zu lassen? — Man wird vielleicht hiergegen einwenden, daß es nicht gewiß vorauszusehen sey, daß gegen das Endurtheil appellirt werde! Dann müssen wir erwiedern, daß das Gleiche auch von der Appellation gegen das Interlocut gelte, allein es ist klar, daß nach der gegnerischen Theorie eine Appellation gegen das Endurtheil, wenn man nicht eine unerhörte Friedfertigkeit der Partheien und Advocaten voraussetzen will, in der That sogar ganz unvermeidlich ist, sobald vorher ein nicht rechtskräftiges Beweisdecret erlassen worden ist. Ist nämlich der darin auferlegte Beweis in dem Endurtheile für geführt erklärt, und in diesem Sinne zu Gunsten des Producenten gesprochen worden, dann appellirt der Product, theils um die Beurtheilung des Beweises zu widerlegen, theils aber und hauptsächlich, um zu zeigen, daß das Beweisthema nicht relevant war; kurz, die Appellation gegen das Interlocut wird mit hinein gebracht, die Schriften desto größer, die Fristen desto länger, und gespart an Zeit und Kosten ist nichts, im Gegentheile ist ein weitläuftiges Verfahren nothwendig herbeigeführt, während, wenn das Interlocut nach einem einfachen und kurzen etwaigen Appellationsverfahren die Rechtskraft beschritten hätte, der Product, welcher bei sich selbst den Beweis für geführt erkennen muß, die Appellation gegen das Endurtheil nicht gewagt haben würde. Oder das Endurtheil erklärt den Beweis für nicht geführt, dann appellirt noch sicherer der Producent, theils gegen die Beurtheilung des Beweises, theils aber (und, wenn der Anwalt gewandt ist, hauptsächlich), um zu zeigen, daß das im nicht rechtskräftigen Decrete aufgelegte Beweisthema nicht relevant war, und um so zu einem neuen Beweise zugelassen zu werden, wo er denn schon, versteht der Advokat die Sache nur ein wenig, auch die in dem ersten Beweisverfahren erfolglos zu beweisen versuchten Sätze wieder einmischen kann.

Indessen sind dies alles nur schwache Gründe für unsere Theorie, in Vergleich mit der, aus der gegnerischen Ansicht

unbedingt drohenden Ewigkeit der Processe im buchstäblichsten Sinne. Ist nämlich vom Producten oder Producenten gegen das Endurtheil appellirt worden, und hat das höhere Gericht gefunden, daß das in dem simpeln Beweisdecrete normirte Beweisthema nicht relevant sey, so ändert es dasselbe natürlich ab, und setzt ein neues Beweisthema an seine Stelle; soll dies nun unabänderlich und rechtskräftig feststehen? Unmöglich, denn eine größere Inconsequenz [51]) als ein irgendwo und irgend einmal rechtskräftiges Erkenntniß auf Beweis, könnte es nach der gegnerischen Theorie nicht geben, und in der That wäre ja damit diese Ansicht in sich über den Haufen geworfen, weil man dann sogar erst nach einem unnützen ersten Beweisdecrete, und einem eben so unnützen einmaligen Beweisverfahren, zu einem rechtskräftigen Beweiserkenntnisse gelangt wäre. Also, es muß auch diese Anordnung des Beweises nicht rechtskräftig seyn! Mithin folgt nun ein zweites, darauf gebautes Beweisverfahren, wieder ob ovo ad mala, darauf ergeht von dem Gerichte der untersten Instanz ein Endurtheil, worin es, natürlich seiner frühern eignen Ansicht getreu, diesen zweiten Beweis für irrelevant erklärt, und auf seinen ersten Beweis zurückkömmt; hiergegen wird wieder appellirt, das Gericht zweiter Instanz beharrt auf seiner Ansicht; jetzt wird an die dritte Instanz appellirt, diese verfügt die Führung irgend eines Beweises, sey es nun in Einstimmung mit der zweiten oder mit der ersten Instanz, oder so, daß sie ein drittes neues Beweisthema für das eigentlich relevante erklärt; dieser dritte Beweis wird auch geführt, das Untergericht verwirft ihn als irrelevant, wogegen nicht zu appelliren ist, da Erkenntnisse auf Beweis nicht in Rechtskraft übergehen, und spricht auf

---

51) Diese in der That ganz unbegreifliche, und von allen besseren Verfechtern der gegenseitigen Ansicht richtig verworfene Inconsequenz begeht der Bairische (erste) Entwurf §. 1002.

neuen Beweis — so geht es dann lustig fort, bis auch das ungeheuerste Proceßobject in den Kosten aufgegangen, und über die Ur-Urenkel der ursprünglichen Partheien, welche diese Kosten nicht mehr zu decken vermögen, der Concurs ausgebrochen ist!! — Man hat dieser, für die Vertheidiger der gegnerischen Lehre so fatalen Fernsicht in die Schicksale der von ihnen angeordneten Processe, wohl dadurch begegnen wollen, daß man dem Unterrichter die Befugniß absprach, den von dem Gerichte der obersten Instanz (an sich auch nicht rechtskräftig) normirten Beweis, nach seiner Führung zu beurtheilen, womit man denn zwar keine Rechtskraft des Beweisdecretes, allein doch eine factische Unabänderlichkeit desselben herbeiführen wollte [52]; allein dieser in reiner Verzweiflung ergriffene Ausweg [53]) ist in der That ein wahrer Gewaltstreich, und die gröbste Verletzung des heiligen Rechts der Instanzen. Der Zweck des Instanzenzuges ist nämlich nur, die Verbesserung der in dem früheren Urtheile des unteren Gerichtes etwa aufgestellten falschen Grundsätze, oder aber des den richtigen Grundsatz falsch anwendenden Urtheiles zu bewirken, und diese Möglichkeit der Prüfung und Verbesserung muß denn bei allen wirklich (nach dem oben angegebnen Begriffe) definitiven Fragen vorhanden seyn. Schlägt man aber den bezeichneten Ausweg ein, dann haben allerdings über die Frage, was zu beweisen sey, drei Instanzen, obwohl eigentlich ohne Appellation darüber, stattgefunden, da jedes Gericht ein andres Beweisthema für relevant erklärte, allein über die andre Frage, ob bewiesen sey, hat nur eine einzige Instanz, die letzte und oberste, welche auch das jetzt bewiesene Thema zu-

---

52) Sollte aber das oberste Gericht mittlerweile selbst anderer Ansicht geworden seyn, so würde nicht einmal dies etwas helfen.

53) Sogar das höchst verdienstliche Werk: Linde Handbuch a. a. O. S. 271—273 begeht diesen Fehler.

letzt für relevant erklärte, gesprochen, und das Recht der Instanzen ist total zerstört.

Hoffentlich hat schon diese Widerlegung des zweiten gegnerischen Grundes gezeigt, wie widersinnig jene Lehre ist, wie gefährlich und zweckwidrig, und wie sie in der That selbstmörderisch in ihren eigenen Eingeweiden wühlt. Allein die anderen Gründe vollends, welche man gegen die Rechtskraft der Beweiserkenntnisse vorzubringen pflegt, legen die Schwäche der dadurch vertheidigten Ansicht recht klar an den Tag. So behauptet man nämlich, daß durch die Verzögerung, welche die Appellation gegen das Beweisinterlocut herbeiführen werde, leicht wichtige Beweismittel verloren werden könnten — indessen ist der Punct der Verzögerung so eben gewürdigt worden, und theils ein Beweis zum ewigen Gedächtniß, theils ein anticipirter Beweis werden gegen diesen Übelstand vollkommen helfen, wenn er jemals drohen sollte. Ferner hat man eingewendet, daß der Richter in allzugroße Verlegenheit gesetzt werde, wenn er mit bevorstehender Rechtskraft auf Beweis interloquiren solle, vollends, wenn er das Beweisthema speciell normiren müsse [54] — beinahe ist man versucht, eine sich aufdrängende unfeine Antwort hierauf zu geben, allein mit aller Ehrfurcht gegen zarte Gewissen glaubt doch der Verf. im Interesse des Staates von jedem Richter wenigstens soviel fordern zu dürfen, daß er ein Beweisthema anzusetzen im Stande sey, und der Verf. hat diese Schwierigkeit in der Praxis des hiesigen Spruchcollegii, dem er seit mehr als 7 Jahren anzugehören die Ehre hat, nie aufzufinden vermocht. Endlich beruft man sich [55] auf die Erfahrung, welche gegen die Rechtskraft der Beweisinterlocute spreche, allein diese sehr unbestimmt allgemeine, einem gegen feindliche Kugeln ausgehängten Wollsacke nicht unähnliche Behauptung, kann freilich nur wieder

---

54) Würtemberg. Motive. S. 38.

55) v. Weiler Motive a. a. O.

durch die gegentheilige Erfahrung der vielen Verfechter der hier vertheidigten Ansicht zu widerlegen versucht werden.

Der Verf. hofft nun seine Aufgabe durch die Schilderung der Wirkungen der gegnerischen Ansicht gelöset zu haben, welche er bei Gelegenheit des zweiten gegnerischen Grundes versuchte, indem es von selbst klar ist, daß, wenn das Erkenntniß auf Beweis in Rechtskraft übergeht, sey es auch nach zweimaligen Berufungen, eine feste Grundlage gewonnen, jeder Zweifel und jedes richterliche Schwanken beseitigt, und nur noch ein Endurtheil über das Resultat der Führung des Beweises möglich ist, womit (allenfalls auch nach zwei Rechtsmitteln dagegen) der Proceß in einfachem geregeltem Gange sein unwiderrufliches Ende erreicht hat. Unnütz ist es also beinahe, noch außerdem darauf aufmerksam zu machen, daß bei den nothwendig wiederhohlten Beweisführungen, welche die gegnerische Theorie mit sich bringt, der Producent sehr oft durch die erste, nachher als irrelevant angesehene Beweisführung, den Gegner mit seiner Schwäche und mit den Beweismitteln bekannt gemacht haben wird, welche er nachher bei der zweiten (relevanten) Beweisführung gebrauchen muß, so daß er selbst dadurch seinem Gegner den Sieg in die Hände gespielt hat, während, nach der hier vertheidigten Theorie, wo beide Theile zu gleicher Zeit und ein für allemal den Beweis antreten müssen, diese Gefahr gänzlich unmöglich ist.

Ebenso ist es klar, daß die heilsame und alle Proceßverschleifung so sehr hemmende Anordnung der Beweisfatalien nach der hier verworfenen Theorie gänzlich zernichtet werden müßte, ja daß Beweisfatalien alsdann eine höchst unnütze Pedanterei seyn würden. Bedenkt man aber gar noch, daß nach der gegnerischen Ansicht dem Producenten sehr oft zugemuthet werden würde, mit Aufwand von unsäglicher Mühe, Sorgen, Zeit und Kosten einen Beweis zu führen, von welchem er gleich anfangs klar voraussieht, daß er irrele-

vant ist, und, weil keine Appellation gegen das Beweisdecret möglich ist, für nichts und wieder nichts zu Ende geführt werden muß, um nur nichts zu versäumen, d. h. um nicht ein ungünstiges Endurtheil von demselben Gerichte zu erhalten, welches den Beweis gefordert hat, und natürlich eine Abweichung davon durch den Producenten nicht ruhig ansehen, sondern dann schließlich gegen ihn sprechen würde; — erwägt man, daß der Richter vielleicht selbst späterhin sich überzeugt hat, daß er einen irrelevanten Beweis gefordert hat (welcher Fehler denn aus Mangel einer Appellation nicht verbessert werden konnte) und nun eine ihm natürlich widerliche Beweisführung bis zu Ende leiten, ja gar selbst dazu, z. B. durch Einnahme von Augenschein, thätig seyn muß, und überlegt man, daß dies unausbleiblich zur Folge hat, daß der Richter nunmehr die Verhandlung nachlässig und leichtsinnig betreibt; — sieht man endlich, daß der Richter, wenn er weiß, daß sein Beweisdecret nicht in Rechtskraft übergeht, offenbar es weit leichter damit nehmen, und der Parthei selbst überlassen wird, zu untersuchen, was zu beweisen relevant und nützlich sey, womit denn der Parthei in jeder Art Schaden zugefügt werden, und am Ende völlige Zernichtung der Proceßsicherheit überhaupt das Resultat seyn muß, so wird, dies hofft der Verf. mit Zuversicht, die Entscheidung zu Gunsten der Rechtskraft und Appellabilität der Erkenntnisse auf Beweis nicht mehr zweifelhaft seyn.
